

Boek XX WER: een korte duiding

Ivan Verougstraete¹

I. Genese van de hervorming	198
A. Historische oorsprong	198
B. Plaats van het insolventierecht in het economisch recht (met inbegrip van het toepassingsgebied); de tweede kans als een logisch gevolg	199
§ 1. Het WER: basisbeginselen	199
§ 2. De tweede kans en de mentaliteitswijziging	200
II. Procesregels en elektronische procedure	201
A. Procesregels en bevoegdheid	201
B. Elektronische procedure	201
III. Ondernemingen in moeilijkheden: een nieuwe benadering	202
IV. Voorlopige maatregelen: technische aanpassingen	203
V. De portaalbenadering: de vroegere benadering bevestigd en gewijzigd	203
A. De onderliggende opties	203
B. Conventionele oplossingen: minnelijk akkoord	203
C. Gerechtelijke oplossingen	204
§ 1. Ontbinding	204
§ 2. Gerechtelijke reorganisatie	204
§ 3. Faillissement	204
VI. De sancties; de ontzettingen	205
VII. Transnationaal	205

I. GENESE VAN DE HERVORMING

A. Historische oorsprong

1. Boek XX van het Wetboek economisch recht is het product van een evolutie zowel van het insolventierecht als van het economisch recht in het algemeen. Het Wetboek economisch recht bevatte bij het begin van de legislatuur 18 boeken met een zeer uiteenlopende inhoud. Het vertoonde leemten waarvan de makers bewust waren². Een algemeen concept onderneming als aanknopingspunt voor alle boeken, de bewijsregels in het economisch recht, het recht van de waardepapieren, het vennootschapsrecht en vooral het insolventierecht ontbraken.

Het wetboek betekende toch een doorbraak³. Het gaf aan dat de begrippen “koopman” en zelfs “handelsvennootschap” zouden wegdeemsteren. De regel zou worden dat alle marktdeelnemers die eenzelfde activiteit uitoefenden in beginsel

aan dezelfde normen zouden onderworpen worden, wat meteen een specifiek handelsrecht voor kooplieden uitsloot.

De wet van 26 maart 2014 op de natuurlijke rechter⁴ heeft die evolutie versterkt door op het gebied van het gerechtelijk recht en de bevoegdheid van de rechtbanken van koophandel (binnenkort: ondernemingsrechtbanken) de aanknopingspunten “koopman” en “daad van koophandel” af te schaffen. De vervanging van die relatief enge en nauwkeurige begrippen, door een veel ruimer en moeilijk te definiëren begrip “onderneming” verruimde aanzienlijk de bevoegdheid van de rechtbanken van koophandel⁵. Het materieel recht werd van toen af ook niet meer afgestemd op de hoedanigheid van bepaalde beroepsbeoefenaars.

2. Zonder die evolutie zou een diepgaande hervorming van het insolventierecht onmogelijk geweest zijn. De uit-

¹ Ere-voorzitter van het Hof van Cassatie.

² I. VEROUGSTRAETE, “Een wetboek economisch recht. Een codificatie van het economisch recht: een noodzaak?”, *SEW* 2013, 407; X, “Le Code de droit économique: une symphonie inachevée”, *JT* 2014, 705; K. GEENS, “Enkele slotbeschouwingen bij een eerste studie van het nieuwe Wetboek economisch recht” in B. KEIRSILCK en J. TERRY (eds.), *Het Wetboek van economisch recht: van nu en straks?*, Antwerpen, Intersentia, 2014, 426.

³ De makers van het wetboek hadden niet de bedoeling sectorale bepalingen zoals vervoer en verzekering op te nemen, maar lieten die optie open.

⁴ Wet van 26 maart 2014 tot wijziging van het Gerechtelijk Wetboek en de wet van 2 augustus 2002 betreffende de bestrijding van de betalingsachterstand bij handelstransacties met het oog op de toekenning van bevoegdheid aan de natuurlijke rechter in diverse materies (*BS* 22 mei 2014).

⁵ I. VEROUGSTRAETE en J.-Ph. LEBEAU, “Transferts de compétence: le tribunal de commerce devient le juge naturel de l’entreprise”, *TBH* 2014, 548.

breiding van het toepassingsgebied van het insolventierecht naar de vrije beroepen en naar de verenigingen was alleen denkbaar indien het economisch recht in het algemeen waarin het insolventierecht via Boek XX zou ingebed worden, regelen zou inhouden die alle marktdeelnemers aanbelangen, met inbegrip van diegene die diensten aanboden die de gemeenschap betroffen, zoals artsen, advocaten, notarissen, psychologen.

3. Het insolventierecht was – los van de evolutie van het ondernemingsrecht – ook op weg naar een hervorming. De wet van 1851 beruiste nog op het concept dat schulden in elk geval moesten worden betaald, dat kooplieden moesten boeten voor hun faillissement en dat de faillissementswetgeving tot hoofddoel had de rechten van de schuldeisers te ordenen op een voet van gelijkheid met uitzondering van een beperkt aantal bevoorrechte schuldeisers⁶. Die idee is blijven gelden door de jaren heen, ook al waren de voorrechten en hypotheeken en gelijkaardige stelsels uitgegroeid tot een stelsel waarbij de gelijkheid effectief verdwenen was en de voorrechten minder en minder economisch en maatschappelijk verantwoord waren.

Een omkering kwam slechts geleidelijk⁷:

- in de wet van 31 januari 2009⁸ was reeds vastgelegd dat een gerechtelijke reorganisatie niet moest beperkt worden tot kooplieden en handelsvennootschappen, maar ook kon uitgebreid worden naar burgerlijke vennootschappen en landbouwvennootschappen; dit had het gewenste trigger-effect, want het Grondwettelijk Hof oordeelde in een arrest nr. 24/2013 van 28 februari 2013⁹ prompt dat de wetgever verder moest gaan;
- vervolgens kwam de rechtspraak tot de conclusie dat anderen dan kooplieden ook in aanmerking moesten komen voor insolventieprocedures en dat alle economische entiteiten op dezelfde wijze moesten behandeld worden¹⁰;
- de wet op de zakelijke zekerheden op roerende goederen¹¹ heeft de wildgroei van zekerheden enigszins geordend.

Wellicht is het nog van meer belang dat de rechtbanken niet alleen belangstelling hadden voor het object van de rechtsplegingen – toen: de kooplieden en handelsvennootschappen – maar ook voor het doel van de procedures. De wet van 17 juli 1997 op het gerechtelijk akkoord¹² gaf een signaal op

dat vlak dat door de rechtbanken werd opgevangen. De focus van die wet was niet meer gericht op de schuldeisers en hun conflicterende belangen, maar wel op de economische entiteit. Het evenwicht tussen schuldeisers (of het organiseren van de wedloop) trad minder op de voorgrond. In de enge grenzen die de wetgever oplegt door een strak stelsel van zekerheden en voorrechten in stand te houden, hebben de rechtbanken en de wetgever zelf gepoogd een zinnige oplossing te geven aan de insolventieproblemen.

B. Plaats van het insolventierecht in het economisch recht (met inbegrip van het toepassingsgebied); de tweede kans als een logisch gevolg

§ 1. Het WER: basisbeginselen

4. Het Wetboek economisch recht is meer dan een gewone ordening van bestaande teksten. Zoals het monitoringcomité van de OESO het omschreef in verband met het ontworpen Wetboek economisch recht, “the envisaged code implies a deep reform of economic legislation to replace the existing complex regulatory framework, inherited from successive layers of new regulations or changes to regulation, with a set of clear and coherent rules”¹³. Het doel was meer effectiviteit in te bouwen in de economische wetgeving, wat impliceert dat rechtszekerheid – alleen innoveren wanneer het nodig is –, een grotere transparantie en een voldoende mate van coherentie nagestreefd werden.

Coherentie impliceert dat de onderliggende basisbeginselen zouden prevaleren door heel het wetboek en niet alleen in bepaalde delen ervan¹⁴. Dit impliceerde dat het WER bij de basisbeginselen zowel de eigen beginselen van het Belgisch recht, maar ook de basisbeginselen van het Europees recht moest betrekken. De basisregels bevinden zich: a. in Boek I – in het bijzonder het toepassingsgebied van het wetboek, dit zijn, behoudens andersluidende bepalingen de ondernemingen, en b. in Boek II – hoofdzakelijk het fundamenteel beginsel van de vrijheid van diensten in de Belgische unie. De vrijheid van diensten geldt als basisregel – het decreet d’Allarde wordt in een hedendaagse lezing hier opgenomen – maar met een aantal voorbehouden. Dit belet niet dat de wetgever slechts expliciet van dit beginsel afstand kan

⁶. H. COUSY, “Naar een nieuwe visie op het insolventierecht” in *Curatoren en vereffenaars. Actuele Ontwikkelingen II*, p. 3-20.

⁷. In 1974 werd er reeds een ontwerp “beheer met bijstand” neergelegd (om de staalreus Cockerill te redden) maar het ontwerp strandde in de Senaat.

⁸. Wet van 31 januari 2009 betreffende de continuïteit van de ondernemingen (BS 9 februari 2009).

⁹. GwH 28 februari 2013, nr. 24/2013, BS 28 maart 2013.

¹⁰. Zie hierover J. DERYCKERE, “Commentaar art. 3 WCO” in J. EMBRECHTS, M. VANMEENEN en I. VEROUWSTRAETE (eds.), *Economisch recht*, deel 7, *Insolventie*, Brussel, Larcier, 2014; J. VANANROYE en K.J. VANDORMAEL, “Once more into the breach – Het grondwettelijk gelijkheidsbeginsel en de muren rond collectieve insolventieprocedures”, *TRV* 2013, 637.

¹¹. Wet van 11 juli 2013 tot wijziging van het Burgerlijk Wetboek wat de zakelijke zekerheden op roerende goederen betreft en tot opheffing van diverse bepalingen ter zake (BS 2 augustus 2013).

¹². Wet van 17 juli 1997 betreffende het gerechtelijk akkoord (BS 28 oktober 1997).

¹³. OECD, *Better regulation in Europe – Belgium* 2010, 138.

¹⁴. W. VAN GERVEN en S. LIERMAN, *Algemeen deel – Veertig jaar later (...)*, Mechelen, Kluwer, 2010, 189.

nemen. De rechter moet dit beginsel “lezen” in alle wettelijke bepalingen.

De economische onderliggende waarden van het WER zijn die van de effectieve mededinging en de verlaging van de transactiekosten.

5. De inhoud van Boek XX moest voortbouwen op de handhaving van de effectieve mededinging en op de verlaging van transactiekosten. Het toepassingsgebied (de onderneming) van Boek XX doen samenvallen met het algemene toepassingsgebied (de onderneming bedoeld in Boek I) was een eerste opgave die onontbeerlijk was voor de coherentie van het WER en hieruit volgend de rechtszekerheid en verlaging van transactiekosten. Boek XX ingevoerd bij wet van 11 augustus 2017 bevat een uitgebreide definitie van het begrip onderneming zoals die moet begrepen worden wat Boek XX betreft. Dit is maar een voorlopige oplossing. Het wetsontwerp 54-2828 ligt klaar, na advies van de Raad van State, om eerstdaags te worden goedgekeurd door de kamer, waarbij het begrip onderneming in artikel I.1 van het WER een definitie krijgt die vrij nauw aansluit bij de huidige definitie van artikel XX.1 en ook zal gelden voor Boek XX. Deze definitie van Boek XX is overbodig geworden en zal worden opgeheven.

Op andere punten sluit Boek XX naadloos aan bij de basisconcepten van het WER. Voor kunstmatige reddingen en onwettelijke staatshulp bestaat gewoon geen ruimte in de tekst van Boek XX dat aldus de effectieve mededinging nastreeft. Die effectieve mededinging wordt ook bevorderd door de asymmetrie in de informatie bij insolventie weg te werken: de elektronische toegankelijkheid op afstand voor derden is hier een belangrijk element die een evenwichtige en efficiënte afwikkeling van de insolventie kan helpen waarborgen.

De vrijheid van diensten vindt ook een weerklank in de evolutie, in Boek XX, naar conventionele methoden van beheersing van het insolventiefenomeen.

6. Boek XX is niet alleen de vrucht van de bekommernis een coherente wetgeving op te bouwen. Boek XX is gekenmerkt door een incrementele vooruitgang die toelaat de change management binnen grenzen te houden. Om een te omvangrijke omwenteling te vermijden, is geopteerd voor

een tekst die in de mate van het mogelijke bestaande teksten (WCO en faillissementswet) en instituten overneemt, zij het met een aantal wijzigingen. Die optie heeft nadelen: de tendens bestaat nu al bij bepaalde auteurs om te denken dat de regels slechts cosmetisch veranderd zijn, zodat de rechtspraak geneigd zou kunnen zijn oude oplossingen te hantieren.

7. Om de band met het volledige federale economisch recht in de verf te zetten, heeft de wetgever geopteerd om het insolventierecht onder te brengen in een Boek XX, daar waar er tot dan slechts 18 boeken waren (waarvan daarenboven één – Boek XVI – bestemd was om op korte termijn te worden opgeheven). De bedoeling was te benadrukken dat het WER als één geordend geheel moet worden beschouwd, van het begin van de onderneming tot het einde, waarbij de insolventie logischerwijze als het eindpunt zou gelden¹⁵.

§ 2. De tweede kans en de mentaliteitswijziging

8. Het WER beklemtoont in Boek II de vrijheid van dienstverlening en van ondernemen. Die vrijheid moet doorwerken in alle materies van het wetboek. De indirecte wijze waarop het insolventierecht van het jaar 1851 maar zelfs 1997, een rem was op die vrijheid, was onverzoenbaar met de basisbeginselen van het wetboek.

Het faillissementsrecht van 1851 en van de Code de commerce van 1807 reguleerde vooral de horizontale relatie tussen schuldeisers en schuldenaar. De afwikkeling van de samenloop is strak geordend en – als afschrikking – bij het stelsel hoorde een arsenaal van strafsancities en bijhorende civiele maatregelen. Dit model bleef ook met enige nuance gelden bij de hervorming van 1997.

Boek XX heeft zwaar ingezet op de tweede kans, zoals D. Pasteger hierna vermeldt¹⁶. Sociale overwegingen hebben een bescheiden rol gespeeld, maar zijn zeker niet de hoofdbedoeling van de hervorming. Sociale hulp kon ook geboden worden zonder de insolventiewetgeving aan te passen. De bedoeling van het tweede-kans-beleid is eerder de initiatiefnemers die mislukken niet te ontmoedigen, maar aan te sporen opnieuw en beter te starten. Dit spoort met het voorstel van richtlijn zoals gepubliceerd door de Commissie in november 2016¹⁷.

¹⁵ Van bij de aanvangsfase van het Wetboek economisch recht was het de bedoeling het wetboek af te sluiten met een wet over de insolventie.

¹⁶ D. PASTEGER, “De l’excusabilité à l’effacement: le point sur les mécanismes de fresh start, et de décharge des cautions, dans le Livre XX du Code de droit économique”, in dit nummer, p. 266.

¹⁷ Voorstel voor een richtlijn van het Europees Parlement en de Raad betreffende preventieve herstructureringsstelsels, een tweede kans en maatregelen ter verhoging van de efficiëntie van herstructurerings-, insolventie- en kwijtingsprocedures, en tot wijziging van richtlijn nr. 2012/30/EU, 22 november 2016, COM(2016) 723 final. Het Hof van Justitie gaf ook in rechtspraak aan dat het niet gekant is tegen reorganisaties (zie bv. HvJ 22 november 2012, C-116/11) maar gaf ook soms een signaal dat het toch huiverig is voor reorganisatie. Zie in een recent arrest van 22 juni 2017 dat dwars staat op pogingen om ondernemingen te kunnen overdragen, en de commentaar op dit arrest van V. FREMAT, P. DIELTJENS en J. PEETERS, *In Foro* 03/2017, 17.

II. PROCESREGELS EN ELEKTRONISCHE PROCEDURE

A. Procesregels en bevoegdheid

9. Een belangrijk element van Boek XX is ook de specifieke wijze waarop het de rechtspleging reguleert en in die mate afwijkt van het Gerechtelijk Wetboek. Dit kan controversieel zijn omdat de idee dat alle rechtsplegingen zoveel mogelijk aan dezelfde regels moeten beantwoorden, aantrekkelijk is. De procedures van Boek XX wijken vaak af van de standaardprocedures.

Een aantal bepalingen sluiten uitdrukkelijk de toepassing uit van het Gerechtelijk Wetboek. Een voorbeeld is artikel XX.7. In het eerste lid van dit artikel stapt de wetgever duidelijk af van het beschikkingsbeginsel; het tweede lid van hetzelfde artikel bepaalt dat de rechter ambtshalve in de rechtsplegingen van Boek XX de rechtsdag kan bepalen en niet gebonden is door akkoorden die de partijen hebben gesloten. Dit is een optie voor het model bestaande in de Duitse insolventierechtspleging. Andere voorbeelden zijn die van artikel XX.9 in verband met kennisgevingen, mededelingen en neerleggingen, of nog de bepaling van artikel XX.12 over de elektronische handtekening, artikel XX.2 betreffende de rechtsmiddelen en inzonderheid het verzet. Het nog zeer formalistisch Gerechtelijk Wetboek is moeilijk bestaanbaar met een moderne insolventiewetgeving en daarom is het voorspelbaar dat op grond van artikel 2 Ger.W. de rechters veel bepalingen van het Gerechtelijk Wetboek als niet bestaanbaar met Boek XX zullen beschouwen.

Ook in een bredere context dan de zuivere procesregels van het Gerechtelijk Wetboek, zal het bijna alles omvattend stelsel van Boek XX een hinderpaal zijn voor de toepassing van regels van processuele aard die in andere teksten dan het Gerechtelijk Wetboek zijn opgenomen. De verplichting bij voorbeeld de akten van rechters aan een registratie te onderwerpen (art. 19 W.Reg.; art. 2 KB van 13 december 1968) is niet verzoenbaar met het wettelijk stelsel van Boek XX voor de beslissingen van de kamers van ondernemingen in moeilijkheden.

10. De bevoegdheidsregeling *ratione loci* die vroeger opgenomen was in artikel 631 Ger.W. wordt opgeheven. Het zijn de regels van de COMI die op Europees vlak gelden die nu ook intern zullen worden aangewend. Ook in verband met de bevoegdheid is thans bepaald dat samenhang toelaat een aantal zaken te voegen voor één rechtbank: het vroeger concept dat de bevoegdheid *ratione loci* in deze materie de openbare orde raakte – is thans voorbijgestreefd.

B. Elektronische procedure

11. De volledige elektronische aanpak van de rechtspleging is bijzonder opvallend. Het pakket insolventie neemt een aparte plaats in, in de evolutie van de informatisering van het gerechtelijk apparaat. De gerechtelijke procedures in het algemeen worden incrementeel aangepast aan de noden van een hedendaagse justitie, wat ongetwijfeld de betere werkwijze is¹⁸. Die incrementele benadering laat toe afzonderlijke innovaties door te voeren zonder de algemene verbeteringen af te wachten. Voor de insolventie is beslist om die materie als een autonome bouwsteen te behandelen en volledig elektronisch te maken zonder verdere tussenstappen via hybride procedures.

Optimalisatie van procedures en informatica en efficiënte inzet van het personeel waren in deze context zeker sleutelconcepten¹⁹, maar ook nabijheid en transparantie. Om transparantie en de hiermede gepaard gaande verantwoording te verzekeren, moeten alle rechtmatig belanghebbenden op afstand toegang krijgen tot de dossiers die de insolventierechtbank behandelt, wat meteen een aantal controlewerkzaamheden en hiermede gepaard gaande procedures overbodig maakt. De controle verschuift voor een deel naar de stakeholders die in de regel permanent toegang zullen krijgen tot de insolventiedossiers of in voorkomend geval, een deel van die dossiers.

Een voorlopig platform werd ingevoerd bij wet van 1 december 2016 die het Regsol-register invoerde. Dit register zal na grondige aanpassingen²⁰ de basis vormen van het toekomstig stelsel dat de insolventieprocedures zal beheersen.

12. Vier hoofdbepalingen beheersen de materie. Artikel XX.15 bepaalt dat het register alle gegevens en stukken bevat waarvan de opgave wordt bepaald in Boek XX. Het bepaalt voorts dat het register als authentieke bron geldt voor alle akten en gegevens die erin zijn opgenomen. Artikel XX.9 richt een specifiek stelsel in voor alle kennisgevingen, en neerleggingen, dat gedeeltelijk van het Gerechtelijk Wetboek afwijkt. Artikel XX.40 bepaalt dat in het register een dossier van de gerechtelijke reorganisatie wordt gehouden waarin alle elementen met betrekking tot deze procedure en de grond van de zaak voorkomen en artikel XX.131 bepaalt dat het register voor elk faillissement een dossier bevat dat ten minste de elf elementen bevat die in het artikel vermeld worden. Gegevens die voor het publiek bestemd zijn en in het *Belgisch Staatsblad* zijn opgenomen, zullen ook in het nieuwe Regsol voorkomen.

Een groot aantal specifieke bepalingen verwijst ook voor alle nuttige doeleinden naar elementen die in de dossiers moeten voorkomen. Enkele voorbeelden: tussenkomst (art.

¹⁸. De Phenix-hervorming was te ambitieus gelet ook op het feit dat de techniek in 2005 niet toeliet op betaalbare wijze de hervorming door te voeren.

¹⁹. Zie K. GEENS, *Court of the future*, FOD Justitie 2017, 6.

²⁰. De meeste bepalingen van de wet van 1 december 2016 zijn overigens opgeheven *c.g.* overgenomen in Boek XX.

XX.4), verzoekschrift produceren documenten (art. XX.6), onderzoek insolventie: bevel onderzoeksmaatregel (art. XX.7), vaststellingen pleitdata (art. XX.7), registreren papieren document in systeem (art. XX.8), alle kennisgevingen aan of door en alle mededelingen (art. XX.9), alle publicaties in *Staatsblad* (art. XX.10), persoonsgegevens (art. XX.16), identificatie rechtbank (art. XX.16), bepaling werkwijze aangestelde voor de gegevensbescherming (art. XX.16), verzoek tot toegang (art. XX.18), toelating rechter commissaris of gedelegeerd rechter (art. XX.18), retributie (art. XX.19), kosten en erelonen curator (art. XX.20), verzoek voorschot door curator (art. XX.20, § 5), advies rechter commissaris en beslissing rechtbank (art. XX.20), vervanging, toevoeging of beëindiging mandaat (art. XX.20, § 6), vervanging insolventiefunctionaris door de rechtbank ambtshalve (art. XX.20, § 6), vervanging rechter-commissaris (art. XX.20, § 6), verwijzing naar rechtbank voor ontbinding (art. XX.29), voorlopige bewindvoerder (art. XX.31), ontname beheer (art. XX.32), verzoek tot aanstelling ondernemingsbemiddelaar en aanstelling (art. XX.36), inhoud minnelijk akkoord (art. XX.37), aanstelling ondernemingsbemiddelaar (art. XX.37 en XX.38), neerleggen schuldvordering (art. XX.40, § 2), aangifte faillissement (art. XX.100, XX.102 en XX.103), vonnis faillissement (art. XX.104 en XX.105), vaststelling datum ophouden te betalen (art. XX.105), 1ste pv verificatie (art. XX.119), opschorting beslag en beslissing rechter-commissaris (art. XX.120).

Het aantal data dat in Regsol zal worden opgenomen, is een veelvoud van de gegevens die thans in het register zijn opgenomen. Zij zullen een getrouw beeld geven van de volledige

procedure, zowel van de reorganisatie (thans buiten Regsol) als van het faillissement (thans enkele beperkte gegevens). De gegevens die opgenomen zijn, zijn die welke gecreëerd worden vanaf het ogenblik dat een insolventieprocedure voor de insolventierechtbank aanhangig is. De procedure voor de kamers van ondernemingen in moeilijkheden is dus hierin niet begrepen²¹.

De nieuwe Regsol zal niet alleen kwantitatief anders zijn dan het huidige register. Het zal geconcipieerd worden op een wijze die toelaat zoveel mogelijk informatie te verschaffen aan alle belanghebbenden, met inbegrip van de werknemers en het publiek. Een deel van die informatie zal vertrouwelijk blijven en aldus in aparte compartimenten worden opgeslagen. Een differentiatie zal moeten gemaakt worden op basis van de bestemming van de informatie en op grond van de aard van de akte. Het stelsel zal met andere woorden evolueren van hetgeen tot nu toe vooral een beheersing was van de workflow in een deelmaterie, tot een volledig stelsel dat niet alleen de stakeholders betreft, maar ook derden gepast inlicht en dat de betrokken volledig van op afstand kunnen raadplegen *c.q.* wijzigen²².

Dit stelsel zal dan geënt worden op het ruimer stelsel van just-on-web en op het toekomstig Europees platform²³.

13. De omstandigheid dat de wetgever het beheer en de oprichting aan de twee Belgische Ordes van Advocaten heeft toevertrouwd en dat retributies zullen toelaten het stelsel te financieren is opmerkelijk. Retributies zijn wel een constante in veel buitenlandse insolventiestelsels.

III. ONDERNEMINGEN IN MOEILIKHEDEN: EEN NIEUWE BENADERING

14. De begeleiding van de ondernemingen in moeilijkheden heeft een merkwaardige evolutie ondergaan. De omstandigheid dat de gewesten een bescheiden rol blijven spelen i.v.m. de ondernemingen in moeilijkheden speelt hierbij een rol.

De rechtbanken behouden, zoals in het verleden, een rol van bewaker van de economische orde. De organisatie van de kamers van die rechtbanken is gewijzigd (dit geldt niet

alleen voor de benaming, thans kamers van ondernemingen in moeilijkheden). De kamers krijgen een uitgesproken collegiaal karakter (waar dit niet zo overall was) met een duidelijke rol voor de beroepsmagistraat. Zij krijgen ook een bijzonder jurisdictionele bevoegdheid doordat zij *de facto* een vennootschap of vereniging naar de rechtbank kunnen verwijzen voor vereffening en ontbinding²⁴.

^{21.} De gegevens die in Regsol worden opgenomen zijn die welke betrekking hebben op de procedures van minnelijk akkoord, gerechtelijke reorganisatie of faillissement (art. I.22, 6° WER). De gegevens van de handelonderzoeken kunnen nochtans ook in het register worden opgenomen krachtens art. XX.41 (het verslag opgesteld op grond van art. XX.28). Daarenboven bepaalt art. XX.25, § 2, derde lid dat de oproeping een verzoek aan de schuldenaar *kan* bevatten om voorafgaand aan de zitting bepaalde gegevens en inlichtingen in te voeren in het register. Deze laatste bepaling veronderstelt dat die invoer structureel mogelijk wordt gemaakt en er dus een formele structuur komt voor de handelonderzoeken. Die ontwikkeling die verder strekt dan wat bepaald is in art. I.22, maakt geen deel uit van de basisinformatisering van de insolventies.

^{22.} Uiteraard zal het KB van 23 maart 2017 dat de toegang beperkte tot Regsol voor bepaalde handelingen ten bate van bepaalde personen of instellingen, niet langer blijven gelden.

^{23.} De bindingen met het algemene informaticasysteem van justitie zijn talrijk. Technisch is Regsol van een andere natuur, aangezien Regsol een zuiver digitaal systeem is en niet een hybride systeem. Dit betekent echter niet dat er geen banden zullen zijn: de gewezen vonnissen maken deel uit van de insolventiedossiers maar zijn tevens data van het algemene systeem; de notificaties-kennisgevingen: het algemene systeem bepaalt nu dat kennisgevingen elektronisch kunnen geschieden (art. 32 en 32ter Ger.W.); in Regsol is dit ook het geval maar het werkt niet volledig op dezelfde manier, aangezien de elektronische kennisgeving de regel is; de dagvaardingen (art. 32quater Ger.W.) worden ook elders opgeslagen, maar een weerslag ervan moet ook in Regsol te vinden zijn.

^{24.} De voorzitter van de ondernemingsrechtbank heeft nog een "zeeffunctie". Waarom dit zo is, is onduidelijk en bovendien niet verzoenbaar met de jurisdictionele bevoegdheid van de kamer voor ondernemingen in moeilijkheden.

IV. VOORLOPIGE MAATREGELEN: TECHNISCHE AANPASSINGEN

15. De mogelijke voorlopige maatregelen zijn slechts marginaal aangepast en verbeterd. Het was een van de bedoelingen van de wet om rechtsdisputen op te lossen en Boek XX lost een aantal vragen op.

De rol van de ondernemingsbemiddelaar ondergaat een diepgaande wijziging. De figuur bestond reeds en maakte deel uit van de conventionele alternatieven die geboden werden bij de ondersteuning van ondernemingen in moeilijkheden. De ondernemingsbemiddelaar krijgt nu een meer

omvattende taak die door alle fasen van de procedure kan lopen en niet eindigt doordat een gerechtelijke procedure van reorganisatie wordt aangevat.

De ondernemingsbemiddelaar krijgt ook een prominente rol bij het buitengerechtelijk minnelijk akkoord. Hij kan in dat kader optreden en opdrachten aanvaarden die de betrokkenen hem toevertrouwen. Hij kan zelfs na een homologatie van een akkoord ervoor zorgen dat de uitvoering van het minnelijk akkoord goed verloopt.

V. DE PORTAALBENADERING: DE VROEGERE BENADERING BEVESTIGD EN GEWIJZIGD

A. De onderliggende opties

16. Bij de definitie van het type van een insolventiewetgeving onderscheidt men vaak debiteur-vriendelijke benaderingen en crediteur-vriendelijke benaderingen. Boek XX beantwoordt aan geen van beide modellen.

De bedoeling van Boek XX is zoveel mogelijk waarde te behouden, de efficiënte mededinging te bevorderen, node-loze persoonlijke drama's te vermijden, de schulden zoveel mogelijk af te betalen en de werkgelegenheid te bevorderen in de omgeving waar de noodlijdende onderneming in moeilijkheden verkeert²⁵. Deze doelstellingen zijn niet altijd verzoenbaar. Te veel zekerheden bieden aan de financiële sector, doet de wil verdampen van gewone leveranciers om nog te contracteren met de noodlijdende debiteur; de rechten van de werknemers bij overdracht overmatig beschermen leidt tot sluiting van ondernemingen²⁶; de rechten van de openbare besturen overmatig beperken leidt tot voorkeurbehandelingen van andere schuldeisers. Er is geen enkele bepaling betreffende de materiële rechten van schuldeisers die geen positieve én negatieve effecten heeft.

Het is ook betwist of een volstrekte gelijkheid tussen schuldeisers (met opheffing van de voorrechten en zekerheden) economisch het meest verantwoord is²⁷, maar de gelijkheid herstellen tussen schuldeisers hoorde niet bij de geplande hervorming van het insolventierecht. De hervorming van het insolventierecht van Boek XX bleef dus noodzakelijk en bewust beperkt. De rechten van de schuldeisers zijn marginaal gewijzigd in die zin dat de wetgever vooral gepoogd heeft zoveel mogelijk coherent te blijven en bestaande con-

troverses op te lossen. De fundamentele rechten van schuldeisers als dusdanig zijn meestal niet gewijzigd in de nieuwe teksten, het is vooral de uitoefening van hun rechten die evolueert.

Eens duidelijk was dat de wetgever in deze context slechts marginaal kon knabbelen aan de rangregeling van de zekerheden of zelfs aan de algemene voorrechten, bleef als enige optie een zo flexibel mogelijk stelsel aan te bieden zowel aan de ondernemingen en hun schuldeisers als aan de rechter waarbij de betrokkenen alle belangen konden afwegen en de betere weg konden kiezen.

B. Conventionele oplossingen: minnelijk akkoord

17. Een innovatie in Boek XX is het herboren minnelijk akkoord. Wereldwijd bepalen de betrokken partijen zoveel mogelijk zelf hoe zij de insolventies regelen. Het internationaal gewoonterecht helpt vaak de partijen bij het zoeken naar pragmatische oplossingen²⁸. De artikelen XX.36 tot XX.38 moeten die vrijheid in Boek XX invoeren.

Wat gemeenschappelijke belangen raakt, is niet meer noodzakelijk van openbare orde. Nog niet zo lang geleden gold de idee bijvoorbeeld dat een buitengerechtelijk minnelijk akkoord alle betrokkenen moest aan boord houden²⁹. Die idee laat Boek XX los: openbare orde komt niet voor in de tekst en is evenmin een onderliggend beginsel. Integendeel zelfs, wie deelneemt aan een mislukt minnelijk akkoord kan niet aansprakelijk gesteld worden (art. XX.37, § 4).

²⁵. Zie onder andere K. CRAWFORD, *The law and economics of orderly and effective insolvency*, Thesis submitted to the University of Nottingham for the degree of Doctor of Philosophy, december 2012.

²⁶. Zie nog recent V. FREMAT, P. DIELTJENS en J. PEETERS, "Het einde van het 'stil' faillissement of slechts een tijdelijk afscheid?" in *In Foro* 03/2017, 17. Zie hierover H. PETER, N. JEANDIN en J. KILBORN, *The challenges of insolvency law reform in the 21st century*, 59-139.

²⁷. Zie UNCITRAL, *Practical guide on cross-border insolvency cooperation*, 2009; R. VRIESENDORP, "The quest for CoCo in international and cross-border insolvency law and a small Dutch issue: a hidden challenge where legal practice and academia should meet", *Perspectives on international insolvency law – A tribute to Bob Wessels*, Deventer, Kluwer, 2014, 179; Y. BRULARD, "Coordination et coopération intragroupe" in Y. BRULARD (ed.), *L'insolvabilité nationale, européenne et internationale*, T. 1, p. 350.

²⁸. In elk geval tot 1997. Zie hierover I. VEROUSTRAE ET AL., *Manuel de la continuité et de la faillite*, Kluwer, 2010, 98.

Om internationaal geloofwaardig te zijn of zelfs gewoon efficiënt, moest de mogelijkheid open staan van een homologatie, een terugkoppeling van het louter conventionele naar een staatsrechtbank. De voorzitter van de ondernemingsrechtbank kan de homologatie niet zomaar verwerpen en mag evenmin economische belangen afwegen: hij moet er alleen op toezien of het akkoord voldoet aan de formele vereisten in artikel XX.37 bepaald.

Wat een cruciaal element had kunnen zijn van een evolutie naar een meer conventionele aard van de procedure, was de “pre-pack”-procedure die toeliet op voorhand af te tasten of een faillissement wel de goede oplossing was voor de onderneming en vervolgens ook te zoeken naar een overnemer. Het Hof van Justitie gaf op 22 juni 2017³⁰ een prejudiciële beslissing die wellicht zeer nadelig kan zijn voor de werkgelegenheid, en in elk geval de minister overtuigde geen risico’s te nemen zodat hij zijn ontwerp op dat punt besliste in te trekken.

Boek XX geeft toch in deze context een algemeen blijk van vertrouwen in beslissingen die de economische stakeholders nemen wanneer zij buiten het gerecht optreden³¹. Dit betekent nog niet dat de wetgever wantrouwen koesterde tegenover de rechter.

C. Gerechtelijke oplossingen

18. Het gerecht blijft in Boek XX een centrale rol spelen. De gerechtelijke oplossingen van het verleden gelden nog steeds in een iets gewijzigde vorm, maar met twee belangrijke uitzonderingen: de ontbinding van vennootschappen en het minnelijk akkoord zijn nu echte alternatieven voor de gerechtelijke insolventieprocedures. De talrijke wijzigingen in de wet veranderen voor het overige het bestaand recht niet fundamenteel. De portaalbenadering blijft cruciaal; het portaal is nu ruimer en effent de weg naar zowel een vereffening als naar een herstructurering die beide gelijkwaardige alternatieven zijn.

§ 1. Ontbinding

19. De optie van de onbeperkte gedwongen vereffening van insolvable rechtspersonen³² onder toezicht van een curator, is niet langer betaalbaar³³. De weg van de gerechte-

lijke vereffening die hiervoren werd vermeld, zal ooit een verplichte weg zijn.

§ 2. Gerechtelijke reorganisatie

20. De aanpassingen van de gerechtelijke reorganisatie zijn, behalve wat de elektronische vorm betreft, beperkt, maar soms met verstrekkende gevolgen³⁴. Een eerste element dat speelt door de gehele tekst, is de wijziging van het begrip onderneming. Terwijl de WCO in 2009 de onderneming bestempelde als een geheel van activiteiten, betekent het woord “onderneming” nu – op een paar uitzonderingen na – een rechtssubject (dus een natuurlijke persoon, of een rechtspersoon). Die verschuiving leidt soms tot een andere invulling van het wetsartikel dan verwacht (zie art. XX.86, bv., waar de oorspronkelijke betekenis van het woord onderneming is behouden).

Een belangrijk element bij de nieuwe algemene bepalingen van de reorganisatie houdt verband met het statuut van de rechten van schuldeisers die een contract hebben aangegaan met de schuldenaar tijdens de periode van opschorting. Economisch gezien was het wenselijk zoveel mogelijk waarborgen te geven aan contractanten die verder krediet geven aan de debiteur tijdens de periode van opschorting. Aan de RSZ of de fiscus de rang geven van boedelschuldeiser in een faillissement dat zou volgen op een mislukte reorganisatie, verzwakt de kredietmogelijkheid³⁵. Het parlement heeft geen keuze gemaakt tussen strijdige uitleggingen geboden door het Hof van Cassatie aan het oud artikel 37 WCO³⁶, maar heeft expliciet de bedragen in hoofdsom als boedelschulden gekwalificeerd.

§ 3. Faillissement

21. De faillissementsprocedure is op een aantal punten aanzienlijk gewijzigd. De wijzigingen houden meestal verband met de rationalisering en vereenvoudiging van de afwikkeling (uiteraard ook met de nieuwe elektronische afwikkeling die een vernieuwd Regsol zal mogelijk maken).

Een onderschatte wijziging betreft – naast de elektronische procesvoering – de opheffing van de summere procedure van sluiting. De summere procedure in het oud recht was een complexe procedure die in feite weinig verschilde van de gewone vereffening. Nu zouden de faillissementen met

³⁰ HvJ 22 juni 2017, C 126/16, *Smallsteps*, ECLI:EU:C:2017:489.

³¹ Wellicht geïnspireerd door CONDORCET, *Essai sur l'application de l'analyse à la probabilité des décisions rendues à la pluralité des voix*, Parijs, 1785.

³² Veruit het grootste deel van de faillissementen.

³³ De curators zullen een wettelijk bepaalde vergoeding krijgen voor de faillissementen zonder actief.

³⁴ Voor een gedetailleerd overzicht zie S. JACMAIN en J.L. HAGON, “La réforme du droit de l’insolvabilité. Les principales nouveautés en matière de réorganisation judiciaire”, *Séminaire Vanham & Vanham*, 28 september 2017.

³⁵ Zie R.C. CLARK, “The Morphogenesis of Subchapter C: An Essay in Statutory Evolution and Reform”, 87 *Yale Law Journal* 90 (1977); P. CONTI-BROWN en D. SKEEL, “The Legal and Political Context of Public Debt (2012)” in *When States Go Broke: The Origins, Context, and Solutions for the American States in Fiscal Crisis* 97-188, Cambridge, Cambridge University Press; H. PETER, N. JEANDIN en J. KILBORN, *The challenges of insolvency reform in the 21st century*, Schuthess, 2006, 67.

³⁶ Cass. 16 mei 2014, *TBH* 2015, 569; Cass. 27 maart 2015, *TBH* 2015, 594, noot S. JACMAIN en C. DEBOE.

onvoldoende actief moeten leiden tot een vervroegde afsluiting met minimale activiteiten van de curator en van de rechter-commissaris³⁷.

22. De kwijtschelding vervangt het complexe stelsel van de verschoonbaarheid. Nieuw is dat de kwijtschelding in beginsel een automatisch gevolg is van de uitspraak van het faillissement, en dat de rechter met andere woorden slechts binnen zeer enge grenzen over de kwijtschelding zal kunnen oordelen. De wetgever heeft niet willen gaan tot een volledig automatisme – de gefailleerde moet de kwijtschelding vragen en derden kunnen opkomen tegen de kwijtschelding bij

kennelijk grove fout van de gefailleerde, maar dat moet op hun initiatief komen (en op hun kosten).

23. De buitenbezitstelling van de gefailleerde is thans ook beperkt tot de activa en passiva die bestonden bij het openen van het faillissement. De kristallisatie is aldus evenwichtiger en logischer, en is een belangrijk element in het tweede-kans-beleid.

24. De wetgever heeft ook de rechtspraak van het Hof van Cassatie in verband met de beëindiging door de curator van de lopende overeenkomsten bekrachtigd³⁸.

VI. DE SANCTIES; DE ONTZETTINGEN

25. De specifieke verantwoordelijkheden van bestuurders worden overgeheveld van het Wetboek van Vennootschappen naar Boek XX in de gevallen van kennelijk grove fouten en “wrongful trading”. Het stelsel wordt gecoördineerd en is de tegenhanger geworden van de bescherming die geboden wordt door het statuut van de rechtspersoon – de aandeelhouders en bestuurders gaan vrij uit –, door de kwijtschelding die aan de fysieke personen toekomt en door de beperkte buitenbezitstelling.

Een bescheiden poging is ondernomen om de opbrengst van de aansprakelijkheidsvorderingen in een aantal gevallen te verdelen onder de schuldeisers zonder acht te slaan op de rang van de vorderingen (in het bijzonder bij wrongful trading). Dit is duidelijk een eerste symbolische stap, maar de

stap naar een aparte boedel bestemd voor de gewone schuldeisers is niet gezet.

26. De strafrechtelijke sancties bij misdrijven rond de insolventies zijn ondergebracht in het Strafwetboek (waar de strafsancities in verband met de reorganisatie in de wet continuïteit waren ondergebracht). Inhoudelijk heeft de wetgever hoofdzakelijk de terminologie aangepast.

De onbekwaamverklaringen die vroeger voorzien waren in het KB van 1934³⁹, zijn thans in het WER opgenomen met een gewijzigde inhoud die bestemd is om de vroegere betwistingen op te lossen.

Eerherstel wordt ook in een nieuwe vorm opgenomen met een gewijzigde procedure.

VII. TRANSNATIONAAL

27. Op transnationaal vlak bevat Boek XX meerdere innovaties.

Vooreerst is de beslissing genomen om de materie van *insolventies die niet onderworpen* zijn aan de Europese insolventieverordening⁴⁰ verder te behandelen in het IPR-Wetboek (met de nodige aanpassingen van dat wetboek). De aanvullende bepalingen die vereist zijn voor de goede werking van het IPR-Wetboek worden wel opgenomen in Boek XX.

Dit geldt in het bijzonder wat betreft de samenwerking tussen gerechten en insolventiefunctionarissen. Wat verplichtend is onder het Unierecht, is hier facultatief voor insolventies die niet onder de EU-verordening vallen. De weg naar

een efficiënte samenwerking tussen gerechten wordt geëffend. De bedoeling was een herhaling te voorkomen van het rampzalig Lernout en Hauspie geval. Dit is belangrijk voor insolventies waarbij vennootschappen uit de VSA (en in de toekomst: Engeland) betrokken zijn.

In gevallen waarin *de insolventieverordening wel toepasselijk* is, is legistiek niet wenselijk dat de nationale wetgever de termen van een verordening zou herhalen⁴¹. De insolventieverordening zal niet effectief zijn als er geen aanpassingen komen van het nationaal recht. Boek XX heeft dit zo weinig mogelijk gedaan. Een bijzonder opvallend voorbeeld is de inrichting van de dialoog tussen de rechterlijke overheid en

³⁷. Zie art. XX.135 WER.

³⁸. Art. XX.139 WER.

³⁹. Koninklijk besluit nr. 22 van 24 oktober 1934 betreffende het rechterlijk verbod aan bepaalde veroordeelden en gefailleerden om bepaalde ambten, beroepen of werkzaamheden uit te oefenen (BS 27 oktober 1934).

⁴⁰. Verordening nr. 2015/848 van het Europees Parlement en de Raad van 20 mei 2015 betreffende insolventieprocedures (Pb.L. 5 juni 2015).

⁴¹. Arresten van 21 december 2011, C-316/10, *Danske Svineproducenter*, EU:C:2011:863, punt 41; 25 oktober 2012, C-592/11, *Ketelä*, EU:C:2012:673, punt 36 en 30 maart 2017, C-315/16, *Lingurár*, EU:C:2017:244, punt 18.

buitenlandse overheden en insolventiefunctionarissen. De gedelegeerd rechter en de rechter-commissaris krijgen een prominente rol. Boek XX richt een beperkte traceerbaarheid

in van de contacten van de rechter-commissaris en de gedelegeerd rechter. Boek XX voert de insolventieverordening uit⁴².

⁴² Zie hierover M. FALLON en P. WAUTELET, “Le nouveau droit européen de l’insolvabilité”, *JT* 2017, 589.